Reiuendicacion de Bienes de Maiorgo. 5o 34

Ciud



# POR

## DON FRANCISCO Touer, vezino de la ciudad de Murcia.

EN EL PLEYTO

Con Diego Vazquez de Cisneros, como marido de doña Francisca Diaz Cano, vezinos de la dicha ciudad.

*Impresso en Granada, Por Bartolome de Lorençana, junto a la Real Chancilleria. Año de 1629.*

1 A accion que eſtà intentada en eſte pleyto por dō Franciſco Touer, es reiuendicacion de las ochēta y tantas tahullas de moreral, y tierras blancas, con ſus caſas y palacios, en el partido de la Alguaça, termino de la dicha ciudad de Murcia, que dexò por ſu muerte Franciſco Touer el viejo como bienes ſuyos.

2 ¶ Introduze eſta accion, como ſuceſſor que es del vinculo que el dicho Franciſco Touer el viejo inſtituyó de todos ſus bienes; y en quanto al derecho deſta ſuceſsion, y a la legitimacion de ſu perſona, no ay duda alguna, porque es hecho cierto, que el primero llamado fue Franciſco Touer, padre del dicho don Franciſco, y que por ſu muerte ha ſucedido el en los bienes del dicho vinculo, como ſu hijo mayor.

3 ¶ El punto conſiſte en moſtrar, que pertenece al vinculo, y a ſus ſuceſſores el dominio de los bienes contenidos en la demanda; porque prouado eſto, y eſtando (como eſtà) la poſſeſsiō dellos en la parte contraria, no ha meneſter la demanda de reiuendicaciō otra coſa para tenerſe por fundada baſtantemente, textus eſt in l. officium, ff. de reiuendicat. ibi: *Vbi enim probabit rem meam eſſe neceſſe habebit poſſeſſor reſtituere*, l. in rem, eod. tit. l. 25. tit. 2. par. 3. y en terminos de poſſeedor de vinculo, o mayorazgo, que le compete eſta accion real para reiuendicar los bienes que ſon del miſmo mayorazgo, obſeruat Palac. Rub. in l. 46. Taur. nu. 2. & poſt eum, & Anton. Gom. aduertit Paz, in praxi, 3. tom. cap. 1. §. 3. num. 5. & 6.

4 ¶ La prouança del dominio en eſte caſo es llana, porque en virtud de la diſpoſicion de Frāciſco Touer el viejo, toda ſu hazienda quedò

vin-

vinculada, y con expressa y perpetua prohibicion de enagenacion, y doña Luysa Cano su muger solamẽte por su vsufrutuaria por los dias de su vida, y la clausula comiença instituyendo por heredero a Francisco Touer, y luego añade el grauamen, prohibiciones, y llamamientos del vinculo: por manera, que con el titulo solo de la institucion de heredero, y la aceptacion de la herencia, el dominio de todos los bienes della se passò y transfirio en el dicho Francisco Touer el moço, heredero, y primero llamado, aunque no adquiriesse la possession, ex regula textus, in l. cum hæredes, ff. de adquir. possess. l. item vidẽdum, §. fin. ff. de pet. hæred. Clementin. exiui de paradiso, vers. Quia igitur, de verb. signif. l. 11. tit. 14. par. 6. & ibi latè Gregor. Lopez, glo. verbo, *porque gana luego el señorio*, Anton. Gom. var. tom. 2. cap. 2. num. 5. vers. *Item adde*, Spin. in specul. testam. rubric. 2. par. num. 18. vers. *Cum igitur hoc dominium in hæredem continuetur*; *quia fictione legis idem est cum ipso defuncto, &c.* Aluar. Valasc. cõsult. 126. num. 12. & 13. tom. 2. Petrus Surd. cons. 225. num. 17. & 18. lib. 2.

5 ¶ Y auiendo passado el dominio en el heredero, passò consiguientemente en el vinculo; porque el vinculo que cayó sobre toda la herẽcia, y abraçó toda la substancia, y derechos della, como calidad iseparable, ha de consistir, y estar tambien verè, & realiter, en los mismos bienes en que la herencia tuuo derecho y señorio, quia habent se, vt continens, & contentum, quę versantur circa idem l. seruus 99. §. si alij, & ibi gloss. verbo, *species*, ff. de legat. 3. auth. de non alienand. c. 8. & ibi etiam glos. verb. *animæ*, o como calidad que no se puede considerar sin el sugeto, cui inest, nec è contra, Bald. in l. Celsus, num. 24. ff. de vsucap. Roland. à Vall. cons. 58. num. 8. lib. 3. Beroius, cons. 126. n. 9. lib. etiam 3.

Ste-

Stephan. Gratian. discept. for. cap. 700. num. 49. & 50. lo qual no solo se verifica en toda la heréncia, sino tambié en qualquier legado particular, porque calificado vna vez con el grauamen de vinculo, o otro qualquiera, siempre sigue esta calidad al mismo legado, y a los bienes del adóde quiera que fueré, optimè Menoch. cons. 552. nu. 11. vers. Cum ergo, vol. 6. & meliûs cons. 624. num. 4. volum. 7. ibi: *Vbicumq; legatũ, quod in substantia remanet legatum de vno in alium transfertur, tunc cum retineat suum esse, & suam substantiam, onus quoque fideicommissi, & reliquas qualitates retinere facile potest, l. Pōponius, § cũ quis, ff. de adquir. poss. &c.* Y si en el legado q̃ no contiene plena sucesion, sino derecho particular, inferior al del heredero, y que se ha de executar por su mano, es tan dificil de apartar la calidad que vna vez se le puso, potiori ratione se dirá, que el grauamen de vinculo puesto inmutablemente en toda la herencia, ha de estar precisamente, y con forçosa inseparabilidad, en todos los bienes y derechos en que la essencia y substancia de la misma herécia consistiere, de tal manera, que si el dominio della está en los bienes, la calidad del vinculo ha de estar en ellos mismos, y todo ha de ser vn mismo derecho y dominio, el de la herencia, y el del vinculo, cum vnum ab alio separari non possit.

6 ¶ Este fundamento se haze mas preciso, aduirtiendo, que los bienes que se piden en la demanda deste pleyto, fueron bienes capitales de Francisco Touer el viejo, heredados de sus padres, y adquiridos antes que casasse de segundo matrimonio con la dicha doña Luysa Cano su segunda muger (como se dirá luego en la ponderacion de las prouanças) y assi es mas llano el presupuesto del dominio en el instituydor del vinculo, y que este dominio se continuó y transfirio en su heredero, porque los bienes capitales

del

del marido nunca pudieron pertenecer a la muger, ni ser comunicables a sus herederos, sed potius se deuieron conseruar siempre precipuos, y entregarlos al heredero y posseedor del vinculo, como verdadero sucessor, en quien (como está dicho) se continuò el dominio dellos: y si a la muger compete reiuendicacion muerto el marido por los bienes dotales, cuyo dominio tuuo en su vida el mismo marido por sola la reintegracion, o retranslacion que el derecho induze del mismo dominio en fauor de la muger, vt in l. in rebus, ibi: *Si tamen extant, siuè æstimatæ, siuè inæstimatæ sint mulierem in his vendicandis, &c.* C. iur. dot. Bart. in l. filio, la primera, §. 1. & in l. si mora, & vtrobique eum sequuntur DD. ff. solut. matrim. Bald. Nouel. quam plures alios referens, in tractatu de dote, par. 8. priuileg. 6. n. 3. Barbos. in l. dotalem 62. nu. 8. ff. eod. tit. Anton. de Quesad. diuers. quæst. iur. cap. 14. num. 16. portiori ratione competerà la reiuendicacion al heredero del marido, por los bienes que fueron de su patrimonio y capital precipuos y conocidos, pues siempre el tuuo y conseruò el dominio dellos, etiam constante matrimonio, y este dominio passò con su herencia, sin que en el matrimonio, ni despues la muger, en quanto a este capital del marido, tuuiesse participacion, ni comunicacion, ni adquiriesse mas derecho que gozar del vsufruto que se le dexò.

7 ¶ Y no importarà contra esto dezir, que antes de la participacion no estuuierõ conocidos, ni liquidados estos bienes, que pertenecieron al vinculo, y assi no tuuo substancia, ni efeto, hasta que la dicha particion se hizo, y por ella se certificaron los bienes, y essos fueron los que quedaron vinculados, y no otros.

8 ¶ Porque se responde, que de la misma manera que el vinculo puede instituyrse y hazerse


con

con assignacion de bienes ciertos, assi tambien se puede instituyr y fundar de bienes inciertos, videlicet, de lo que tocare a las legitimas, o al tercio, o quinto, o otra parte quotatiua de la herencia, o de toda ella, liquidandose despues los bienes que pueden pertenecer a qualquiera destas disposiciones, vt expresse probatur ex l. 27. Taur. quæ hodie est l. 11. tit. 6. lib. 5. recop. Cæsar Barc. decis. Bononiens. 104. nu. 17. & alijs seqq. Y en este caso no ay duda, en que queda perfecta desde luego la substancia del vinculo, solo la ay, en si el sucessor del vinculo, no estando hecha la particion, ni certificados los bienes, podra aprehẽderlos por su autoridad, o le competerá el remedio de la l. fin. C. de ædict. Diui Adrian. toll. o el de tenuta, y comunmente se resuelue que no le compete, ad tradita per Roderic. Suar. in l. quoniam in prioribus, in declaratione l. Regni, quæst. 7. per totam, Angul. in rubric. tit. 6. lib. 5. recop. nu. 20. Azeu. in l. 3. tit. 13. lib. 4. eiusdem recop. num. 10. Burg. de Paz, cons. 39. num. 8. & seqq. Domin. Castill. lib. 3. quotid. cap. 24. num. 43. Paz, de tenut. cap. 4. num. 6. & 7. & in pulchro caso optime disputat, & concludit Petrus Surd. cons. 248. per totum, maximé num. 12. & alijs seqq. Pero esto no excluye, q̃ el vinculo tenga substancia y principio desde el dia de la disposicion, etiam extãte bonorum incertitudine; porque quitada esta incertidumbre con la liquidacion que despues sobreuiene, no comiençan desde entonces a estar vinculados los bienes, sed potius virtute retrotractionis, se juzga que lo estuuieron desde el dia en que la disposicion del vinculo tuuo principio, sicuti in fortiori casu accidit in dispositionibus conditionalibus, porque en ellas non solum liquidatio, sed ipsa substãtia collata est in conditionis euentum, & nihilominus impleta conditione fit re-

trotractio a dispositionis initium, vt in l. potior, & in l. qui balneum, ff. qui pot. in pign. habeantur, cum alijs vulgat. Oldrald. conf. 139. num. 5. Decius, in regula contractus, num. 13. ff. de regul. iur.

9 ¶ Y assi antes de la particion es cosa llana, y sin duda, que el heredero tiene derecho real, y verdadero dominio de los bienes; porque la cōtinuacion, o translacion del dominio no se impide por la incertidumbre, como se impide la possession, vt ex l. cum hæredes, de adquir. poss. & ex alijs iuribus, & doctrinis superius perpedimus, & probat ingeniosè Stephan. Gratian. discept. for. cap. 570. num. 16. tom. 3. ibi: *Neque obstat, quod impediatur adquisitio, quasi non appareat de quantitate legitimæ, neq; de bonis particularibus in quibus illa sit debita, quia ista incertitudo non tollit, neque impedit adquisitionem dominij, & augmenti, aut accessionum prouenientium ab effectu iuris, quamuis enim legitima sit incerta ratione loci, & quotæ tamen non est incerta ratione dominij cui adquirūtur omnia prædicta*; idem Gratian. cap. 602. num. 12. tom. 4. Peregrin. de fideicommiss. art. 36. num. 33. post principium, eleganter Petrus Surd. conf. 128. nu. 16. & num. 17. donde trae por exemplo, que el dominio de la cosa legada se transfiere tambien en el legatario, etiā si res sit ratione loci, & quotæ incerta, l. de tota, §. 1. ff. de rei vendic.

¶ Ex superioribus resultat, que considerādose todo el tiempo anterior à la particion, està probado bastantemente el dominio de los bienes del vinculo, para obtener en este juyzio de reiuendicacion.

10 ¶ Pero opone la parte cōtraria por excepcion y defensa principal la misma particion, y dize, que en ella se adjudicò al vinculo todo lo que le pertenecio, y que es justo y legitimo titulo, en cuya virtud han posseydo desde entonces

y posseen todos los demas bienes por libres, la qual oposicion tiene muchas, y muy concluyẽtes respuestas.

11 ¶ La primera es, que interuino en ella fraude y dolo manifiesto de parte de Pedro Diaz Gomez, como se echa de ver en el modo y discurso de la misma particion, y en los notorios fraudes y agrauios que contiene, lo qual se ayuda con la presumpcion que resulta, de ser el dicho Pedro Diaz Gomez escriuano publico, y del numero de la ciudad de Murcia, y persona muy sagaz, y el dicho Francisco Touer el moço menor, y labrador, ignorante de negocios, y tanto, que aun no sabia firmar, como consta de la escritura que para la dicha particion le hizieron otorgar; y este fundamento de fraude y dolo, aunque sea solamente presumpto, es bastante para que se deua tener por ninguna la dicha escritura y particion, y no se haga caso della, l. 3. C. commun. vtriusq; iudic. ibi: *Maioribus etiam per fraudem, vel dolum, vel perperam sine iudicio factis diuisionibus solet subveniri, quia in bonæ fidei iudicijs, quod inæqualiter factum esse constiterit in meliùs reformatur*, l. si superstite, C. de dolo, cum alijs vulgatis.

¶ La segunda, que en quanto a quinze tahullas de las ochenta y tãtas sobre que es este pleyto, no puede auer duda alguna; porque no solamente por prouança de testigos (de qua infra) sino por las escrituras antiguas que el Relator aduierte, se verifica indubitablemente, que las dichas quinze tahullas fueron bienes proprios y capitales de Francisco Touer el viejo, heredados de sus padres, con la carga de los censos cõtenidos en las dichas escrituras; y assi en quanto a esto es euidente el engaño que se hizo en la particion a Francisco Touer el moço, y al vinculo, a quien estos bienes pertenecen.

12 ¶ La tercera, q̃ auiendole cabido al vinculo

(con

(con el presupuesto de que todos los bienes erã gananciales) seyscientas y tantas mil marauedis, le hizieron pago de las quatrocientas mil, q̃ fueron las dos partes, con dezir que sobre la hazienda del dicho Francisco Iouer el viejo (sin dezir qual fuesse) auia censos hasta en la dicha cantidad, y que los auiã redimido la dicha doña Luysa Cano, y Pedro Diaz Gomez su marido, y assi se auia de baxar esto como se baxò de la parte que tocaua al vinculo, como deudas que se auian pagado para redimir las cargas de la misma hazienda. Esto, señor, es cosa intolerable, y no solo engaño, sino hurto manifiesto, porque si los bienes se partian todos como comunes, y tenian cargas que estauan redimidas, la mitad de estas cargas se auia de imputar precisamente a la muger, como a quien pertenecia la mitad de la hazienda, la qual auia de ser deducto ære alieno, l. subsignatum, § bonæ, ff. de verb. sign. y no lleuarse esta mitad libre, y echar todas las cargas sobre la otra mitad que se adjudicò al vinculo, con que de tres partes se le quitaron las dos, y se las lleuò el escriuano con la otra mitad libre y entera de los bienes. Y si era cierto (como verdaderamẽte lo fue) que los bienes sobre que estauan los censos que se auian redimido eran capitales del dicho Francisco Iouer el viejo, justa cosa era que todo lo q̃ montaron las redenciones se baxasse a la hazienda, y se hiziesse bueno a quien las auia hecho; pero tambien era justo que los bienes que para baxar las cargas se confessò ser capitales del marido no se partiessen como comunes, sino que se adjudicassen precipuos al heredero y al vinculo, pues auiendose baxado las dichas cargas como de bienes capitales, la adjudicaciõ auia de ser de la misma manera, y no hazerlos capitales, para que el vinculo pagasse las cargas, y partibles, para que el escriuano se lleuasse la mitad libre dellas, cõtra

regulam textus, in l. eum qui ædes, de vsucap. & similium, quibus cauetur vnam & eandem rem, non debere diuerso iure censeri.

13 ¶ La quarta, que en quãto a las demas tahullas, cumplimiento a las ochenta y tantas que estan incorporadas y jũtas en la misma heredad, resulta tambien probança de las mismas escrituras que estan referidas, para q̃ se tenga por cierto que eran bienes capitales del dicho Francisco Iouer el viejo, porque en las imposiciones de los censos se dize, que las tahullas sobre que se imponen alindauã con tahullas y tierras de los mismos imponedores, y es sin duda que son estas, porque todo era y es vna misma heredad: y en las escrituras de las compras que hizo el dicho Francisco Iouer el viejo, por los años de 572. y 575. y 576. q̃ todas son de 58. tahullas, solamẽte se haze mencion de que se vendia al dicho Francisco Iouer, sin hazerla de que tuuiesse muger entonces, y si estuuiera en aquel tiempo casado cõ doña Luysa Cano, sin duda alguna entrarã ambos en las ventas como es ordinario, mayormẽte dandose como se dieron fiadores para la paga del precio, lo qual teniẽdo muger el comprador, no es verisimil que se auia de hazer, sin que ella entrasse en los contratos, no siendo contratos de venta ni enagenacion, sino de compra y adquisiciõ de bienes, en que no se trataua de perjuyzio, sino de prouecho y aumento.

14 ¶ Demas de lo qual ay ocho testigos, de 70. hasta 82. años de edad, que contestan en el conocimiento de los dichos bienes rayzes, y en que se los vieron posseer al dicho Francisco Iouer parte dellos en vida de su primera muger, y todos estando viudo los lleuò a poder de la dicha doña Luysa Cano quando casò cõ ella: y esta probança de testigos es bastante ad probandum dominium in actione reali reiuẽdicationis,

vt

vt expressè probat textus, in l. cum super, C. de rei vendic. ibi: *Iudex enim non ignorat seruorum dominia, etiam citra instrumẽtorum exibitionem alijs probationibus, vel ipsorum interrogatione posse ostendi*, l. in exercendis, C. de testibus, l. 41. Taur. Moli. lib. 2. c. 6. n. 32. & de probatione dominij per testes, latè Mascard. de probat. conclus. 548. tom. 1. & per inditia, & coniecturas, concl. 539.

15 ¶ Sin que obste dezir, que aunque estos testigos conforme a su edad alcançaron bastantemente el hecho de que deponen: pero que se deue presumir q̃ son falsos, por ser tan antiguo, q̃ no es verisimil auerlo podido tener tanto tiempo en la memoria, ex notatis in l. peregre, ff. de adquir. posses. & in l. licet, C. eod.

16 ¶ Porque se responde, que esta es vna muy leue presumpcion, y que cessa en muchos casos, præsertim, en los que son muy notorios y conocidos, y que tienen permanencia perpetua, como la tienen las tierras y heredad de que se trata, en lo qual no se presume oluido, mayormente en los naturales y vezinos, que siempre han estado en el mismo lugar, y han conocido y visto cada dia la hazienda y dueños della, ex quibus & alijs leuioribus circunstantijs, cessat obliuionis præsumptio, vt cum pluribus considerat Mascard. de probat. concl. 1127. n. 21. & 22. Menoch. de arbitrar. lib. 2. cent. 1. casu 26. n. 4.

17 ¶ Menos obsta la oposicion que se haze, de que otros testigos de menos edad dizẽ el mismo hecho, no siendo posible que alcançassen el tiẽpo de que deponen.

18 ¶ Respondetur enim, que la parte cõtraria para hazer esta oposicion, presupone por cosa cierta, que se celebrò el matrimonio entre Francisco Iouer el viejo y doña Luisa Cano en el año de 1566. que fue quando se hizo la escritura de promesa de dote en este pleyto presentada, y no consta

consta de esto, ni sola la promesa es bastante para darlo por cierto, pues pudo estar hecha, y no contraerse el matrimonio: y en esta conformidad por don Francisco Iouer se pretēde, y se prueua, que no se celebrò hasta fin del año de 575. o principio del de 76. conforme a lo qual alcançan muy bien todos los testigos: y supuesto que para conuencerlos la parte contraria se funda, en que el matrimonio fue el dicho año de 66. lo auia de probar aliás de hecho, no probado ni cierto, no puede nacer presumpcion de falsedad contra los testigos, antes en duda se ha de presumir todo lo contrario, y concordar el hecho de manera, que la falsedad se escuse, ex regula text. in l. merito, ff. pro socio, cum alijs vulgat. Petrus Surd. consil. 173. n. 33. Farin. de testib. q. 65. n. 37. & seqq.

19 ¶ Lo segundo se responde, que aunque huuiesse algunos testigos sospechosos (quod tamē omnino negamus) no por esso cessa la probança concluyente que hazen los demas testigos, que son muchos, y la fee dellos no se diminuye ni elide con la sospecha que puede auer contra otros, c. nostra, vers. mādamus, & ibi glos. in verbo, aduersa, Anton. de Butr. & alij Canonistæ, de testibus, & ex pluribus prosequitur Farin. d. q. 65. nu. 107. & seqq.

20 ¶ La quinta respuesta es, que perteneciendo tan notoriamēte al vinculo los dichos bienes, ex rationibus superius adductis, no pudo renūciarlos ni enagenarlos el dicho Francisco Iouer, ni remitir su derecho, como lo hizo en la escritura de particion voluntariamente, y por sola su autoridad, porque el sucessor o posseedor del vinculo no puede por transaccion ni cōcordia, ni por otro qualquier hecho voluntario causar perjuyzio a los bienes vinculados, ni a sus sucessores: y todas las escrituras o contratos en contrario de esto hechos tienē nulidad, y es lo mismo q̄ si no

se

se huuiessen hecho, l. peto, §. fratre, ff. de legat. 2. l. cum hæreditas, la primera, ff. ad Trebell. cum alijs similibus, Domin. Molin. lib. 4. c. 9. ex nu. 1. cum pluribus seqq.

21 ¶ La sexta, que sin embargo de auerse hecho la dicha particion, procede la reiuendicació intentada en este pleyto. Tùm, por la notoria nulidad, enormissima lesion, dolo y fraude que cótiene, ex quibus es lo mismo q̃ si no se huuiesse hecho, quia idem est aliquid non esse factum, vel nulliter, aut vitiosè factum, l. 4. §. condemnatū, ff. de re iud. copiosè Petrus Surd. cons. 3. per totū, tom. 1. Bald. cons. 386. n. 1. circa finem, 1. part. ibi: *Concluditur igitur istam diuisionem, non solum irrationabilē, sed & impossibiliter factā esse nullius efficatiæ.*

22 ¶ Tûm etiam, porque estando probado el el dominio de parte del vinculo, y la possession en la parte contraria, concurr en los dos estremos que son necessarios para este juizio, sin que obste la excepcion opuesta del titulo de la particion, por no ser bastante ni exclusiua del dominio que està probado, vt expressè probat textus, in l. officium, in principio allegata, ff. de rei vendicat. ibi: *Officium autem iudicis in hac actione erit, vt iudex inspiciet an reus possideat, neque ad rem pertinet, ex qua causa possideat.* Et ibi: *putò autem ab omnibus qui detinent, & habent restituendi facultatem pero posse, Petrus Gilchen. in l. cum res, C. de probat. n. 3. latè Peregrin. de fideicommiss. art. 44. ferè per totum.*

23 ¶ Túm & tertio, porque en los mismos terminos de particion hecha y bienes adjudicados en ella, y entregados, y posseydos con este titulo por los coherederos, es cosa cierta y llana de derecho que compete accion real para reiuendicar los bienes mal adjudicados al que despues probare ser verdadero dueño dellos, y que esta reiuendicacion no se impide con la excepcion o titulo de la particion, en que huuo fraude o error,

 adju-

adjudicando, y entregando los bienes a quiē no pertenecian, y diuidiendo por comunes los que no lo eran: y eſto es mas ſin duda, quando conſta no auerſe hecho la particion judicialmente, ſi no ex conuentione, & propria partium authoritate, (como ſucedio en eſte caſo) y porque eſta concluſion abraça el punto y fundamento mas eſſencial de eſte negocio, merece particular pōderacion, para lo qual baſtarà alegar por lugares principales, adonde ſe hallarà copioſa diſputa, y doctrina para eſte articulo, y alegacion de otros muchos a Stephan. Gratian. diſcept. foré. c. 324. tom. 2. num. 1. & num. 2. & per totum, maximé ex n. 16. cum ſeqq. donde en otro caſo ſemejante de vna particion, en que cō fraude o error ſe auiā adjudicado vnos bienes emphiteoticos por hereditarios, auiendo pueſto la duda de que con el titulo de la particion tal qual fueſe ſe transfirio el dominio, & per conſequens reiuendicatio excludebatur, reſponde, y concluye en el num. 24. que ſin embargo compete la reiuendicacion, ex condictione indebiti, aut ſine cauſa, his notabilibus verbis, ibi: *Quia licet transferatur dominium, tamen errore detecto translatio reſcinditur, & competit condictio indebiti, vel ſine cauſa, cum tales condictiones præſuponant dominium translatum, quia aliàs non competerent.* Atque paulò inferiùs, ibi: *Poterit tamen vindicari per condictionem indebiti, l. ſi quis hæreditatē, l. ſi quis cum à fideicommiſſario, l. qui exceptionem, §. ſi pars, ff. de condict. indeb. cum etiam dicatur vendicare qui agit actione perſonali, gloſſ. in l. per diuerſas, in verbo, ſua, & in l. ſi pecuniam, in verbo, vendicatio, ff. de pecul. legat.* Y en el num. 25. reſponde a la l. cum putarem, ff. famil. hereiſc. diziendo: *Quod procedit quando eſſet facta diuiſiò per iudicem, tunc enim non retractatur ſecus ſi extra iudicium, vt tradit gloſ. in l. poſt diuiſionem, C. de iur. & fact. ignoran. quam ab omnibus approbatam, teſtatur Socin. conſ. 26. num. 12. lib. 4. &c.*

copioſè

copiosè & eleganter Iacob. Menoch. conſ. 91. ex num. 26. vſque ad finem, maximè nu. 40. & alijs, part. 1. vbi ſatis in noſtra ſpecie argumẽtatur, ibi: *Nono & vltimo accedit, quod hæc diuiſio facta fuit, ex falſa cauſa, nempè quia credebat, D. Thomas, hæc bona eſſe cõmunia cum ipſo D. Ioanne, cum tamen non eſſent, at qui certum eſt nullius valoris eſse, ea quæ ex falſa cauſa geſta fuerunt, ſicut videmus falſam cauſam viciare priuilegium, &c.* Y proſigue alegando muchas doctrinas, y defendiendo eſta reſolucion en los numeros ſiguientes de las opoſiciones contrarias: idem Menoch. conſ. 105. nu. 95. vbi rurſus probat, *quod diuidens bona, vt communia, cum non ſint ſibi non præiudicat*, & conſ. 181. ſub nu. 62. & conſ. 288. num. 48. vol. 3. Soci. iun. conſ. 180. n. 86. lib. 3. Philipus Decius, Alex. Ruin. Caſtrenſ. Ancharranus, & alij adducti per Gratian. d. c. 324. n. 2. verſ. *prædictam opinionem*.

24 ¶ De lo qual reſulta, que no ſe deue hazer caſo de la dicha diuiſion, o particion que ſe opone hecha conuencionalmente, por auerſe diuidido por comunes los bienes que eran verdaderamente capitales de Frãciſco Iouer el viejo, y pertenecian al vinculo, y por las demas cauſas de nulidad que eſtan aduertidas, las quales eſtan alegadas por don Franciſco Iouer en las peticiones deſte pleyto, pretendiendo que no ſe deue hazer caſo de la dicha particion, ni le ha de cauſar perjuyzio alguno, ni impedir la accion que tiene intentada.

25 ¶ Finalmente tampoco ſe puede oponer de preſcripcion. Tûm, quia iura vinculi, aut maioratus, ex tali inualidæ diuiſionis contractu minui non potuerunt, nec titulus iuſtus ad præſcribendum induci, ex mala fide, & alijs ſuperius dictis. Tùm etiam, quia nulla præſcriptio aduerſus futuros ſucceſſores potuit emanare, nam qui non poteſt alienare, nõ poteſt pati quod præſcriptio

in

in alterius detrimentum sequatur, quia præscriptio est alienatio, l. alienationis verbũ, ff. de verb. sig. & sicut expressa alienatio alteri nõ nocet, ita nec tacita ex præscriptione resultans, quæ per negligentiã alterius causatur, Philip. Dec. cõs. 445. n. 28. & 29. Hypolit. Rim. cons. 339. n. 145. vsque ad 163. vol. 3. egregiè Paris. in repet. c. cum non liceat, n. 18. de præsumpt. Tiber. Detian. cons. 60. n. 3. vsq; ad 10. vol. 1. Arias Pinell. in auth. nisi tricenale, n. 49. C. de bon. matern. Hect. Æmil. de iur. fœud. q. 32. n. 43. Nat. cons. 437. n. 5. & 6. vsq; ad fin. vol. 2. Rodr. Suar. alleg. 3. nu. 2. Sese, decis. Arag. 74. n. 25. y lo cierto es, que ninguna especie de prescripcion corre en los mayorazgos cõtra el siguiente substituto, vt concludit Peregri. de fideicomm. art. 41. n. 17. Franc. Becc. cõs. 230. n. 29. vsq; ad 41. vol. 2. Mastrill. decis. 105. p. 2. n. 18. & 19. Petrus Greg. de fœud. lib. 2. q. 10. nu. 47. & 48. Pero quando la inmemorial, o la de longissimo tiempo pudiesse correr, o admitirse, como algunos han sentido, esta cessa en este caso, porque no ha corrido tiempo para ello, ni llega con mucho numero de años, vt ex facti & temporis computatione manifestè patet. Et propterea quocumque conuertatur iudicium actoris fundata manet intentio, para que se le manden restituyr los bienes, que consta ser conocidos del vinculo que fundó Francisco Iouer con los frutos y rentos, reuocandose la sentencia de vista, q̃ absolnio a la parte contraria de la demanda: quę sint ita breuiter dicta. Salua, &c.